

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Márcia Regina Lusa Cadore Weber

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

2 ASPECTOS RELEVANTES NO DIREITO BRASILEIRO ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

2.1 Responsabilidade Civil. Natureza da relação jurídica entre médico e paciente Responsabilidade subjetiva e contratual. Obrigação de Meio

2.2 Dever de Informação e Consentimento do Paciente

2.3 A culpa médica e o ônus da prova

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que se constitui num Estado Democrático de Direito, é a dignidade humana, nos termos do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

O respeito à dignidade humana, uma vez consagrado na Constituição Federal, é alicerce de toda a ordem jurídico-democrática. Como leciona Gustavo Tepedino: “Se o direito é uma realidade cultural, o que hoje parece fora de dúvida, é a pessoa humana, na experiência brasileira, quem se encontra no ápice do ordenamento, devendo a ela se submeter legislador ordinário, o intérprete e o magistrado”¹.

Seguindo-se os ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes, tem-se que o conceito jurídico de dignidade humana assenta-se em quatro princípios jurídicos: igualdade, integridade física e moral (psicofísica), liberdade e solidariedade². Segundo a mesma autora no princípio da proteção à integridade psicofísica da pessoa humana estão contemplados, tradicionalmente, apenas o direito de não ser torturado e o de ser titular de certas garantias penais, como o tratamento do preso nas detenções e nos interrogatórios, a proibição de penas cruéis, etc. Na esfera cível, no entanto, a integridade psicofísica vem servindo a garantir numerosos direitos de personalidade (vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal), instituindo o que se poderia entender como um amplíssimo “direito à saúde”. A saúde aqui deve ser compreendida enquanto completo bem-estar físico e social.

Presente a tutela constitucional da integridade psicofísica da pessoa humana, assume especial relevância o estudo do dever de reparar os danos decorrentes de sua violação. Tais danos têm origem nas mais variadas situações e circunstâncias, inclusive da ação ou omissão daquele profissional procurado com vistas à preservação do bem-estar físico e psíquico das pessoas: o médico.

No exercício profissional da medicina, uma falha pode ter conseqüências irreparáveis: morte, incapacitação para o trabalho, para a vida social, etc. Por isso, como diz Tepedino,

“em qualquer circunstância e acima de qualquer outro interesse pecuniário, profissional ou mesmo científico, deve o médico zelar pela integridade psicofísica do paciente e por sua dignidade, expressão da tutela constitucional incluída no rol dos fundamentos da República”³.

Lembra Ruy Rosado de Aguiar Junior que, durante muitos anos, a função do médico esteve revestida de “caráter religioso e mágico, atribuindo-se, aos desígnios de Deus a saúde e a morte”⁴. Nesse contexto, seria desarrazoado imputar-lhe qualquer

¹ TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. Editorial. **Revista Trimestral de Direito Civil**-RTDC, São Paulo, v. 2, p. V-VI, 2000.

² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85/86.

³ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, a. 51, n. 311, p. 25, 2003.

⁴ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 718, p. 33, ago./1995.

responsabilidade, pois apenas participava como figurante de um ritual dependente da vontade divina. No final do século XIX e nos primórdios do século XX, diz o jurista gaúcho, o médico era visto como um profissional cujo título lhe garantia a onisciência: era médico de família, amigo e conselheiro. Enfim, figura social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços e, menos ainda, a litigância sobre eles.

No entanto, embora se possa admitir que o médico ainda é por muitos reverenciado, as circunstâncias acima referidas atualmente estão modificadas, como descrito por Vera Fradera:

A partir do momento em que se inaugurou o sistema da medicina socializada, na grande maioria dos países, houve uma transformação radical na forma do relacionamento médico-paciente, pois, de uma relação amistosa, se transformou em um contato frio e impessoal, em que o médico vê no paciente um desconhecido, alguém que, provavelmente, lhe foi encaminhado por outro médico ou por um serviço de assistência médica do Estado, enquanto que, para o paciente, o médico é apenas um técnico, com o qual manterá um relacionamento estritamente profissional⁵.

Até a denominação dos sujeitos da relação foi alterada, constata Ruy Rosado, “passando para usuário e prestador de serviços, tudo visto de uma ótica de sociedade de consumo, cada vez mais consciente de seus direitos, reais ou fictícios e mais exigente quanto aos resultados”⁶.

Como decorrência, ainda que no Brasil, comparativamente a outros países, não seja tão expressiva a busca da responsabilização dos médicos pelos danos decorrentes de seus atos profissionais, verifica-se que os usuários dos serviços médicos principiam a ter uma idéia clara de seus direitos enquanto pacientes e, aos poucos, vai se consolidando, a possibilidade de identificar o erro inescusável, a imperícia inadmissível, a negligência, que impelem as pessoas à busca da reparação⁷.

Não se pode olvidar, por outro lado, que o extraordinário avanço da medicina, do qual decorre a ampliação dos recursos postos à disposição do profissional médico, não só aumenta as expectativas de cura, como também o risco de equívocos na persecução desta. Contrastando com o avanço da tecnologia, tem-se a notória carência de recursos a subsidiar o serviço de saúde pública, o que, sem dúvida, influi de modo extremamente negativo na atuação do médico. Ainda em contraste com o avanço da tecnologia, tem-se o despreparo dos profissionais, incrementado pela proliferação de cursos de Medicina em escolas sem nenhuma tradição no ensino médico⁸. Tudo, pois, a contribuir para o incremento de demandas buscando a responsabilização civil do profissional médico em razão de seus atos⁹, do que decorre a extrema necessidade de intensificarem-se os estudos dos operadores do Direito acerca do tema.

⁵ FRADERA, Vera. Responsabilidade Civil dos Médicos. **Revista da AJURIS**, Edição Temática sobre Responsabilidade Civil, 2002, p. 233.

⁶ AGUIAR JUNIOR, op. cit., p. 33.

⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 33.

⁸ Na obra **Culpa Médica e Ônus da Prova**, São Paulo: RT, 2002, p. 19 e seguintes, Miguel Kfourir Neto apresenta estatísticas acerca do aumento dos cursos médicos, bem o perfil do profissional e as condições facilitadoras do erro médico. Apresenta ainda inúmeros casos de erro médico constatado.

⁹ A estas causas Ruy Rosado de Aguiar Junior acrescenta como causa ao incremento de demandas a exploração sensacionalista da imprensa, op. cit, p. 34.

2 ASPECTOS RELEVANTES NO DIREITO BRASILEIRO ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

2.1 Responsabilidade Civil. Natureza da relação jurídica entre médico e paciente. Responsabilidade subjetiva e contratual. Obrigação de Meio.

Segundo José Aguiar Dias a responsabilidade civil “é reflexo da própria evolução do direito”¹⁰, sendo inspirada na mesma preocupação com a harmonia e o equilíbrio que orientam o direito. Por esta razão, explica que, malgrado os esforços dos juristas, foi impossível até hoje estabelecer uma teoria unitária e permanente para a responsabilidade civil: “O instituto é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que envolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época o meio pelo qual, em face da nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, se assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes”¹¹.

Presente o dinamismo acima destacado e, bem assim, a evolução histórica da responsabilidade civil¹² tem-se hoje que seu foco recai no imperativo de reparar um dano, tendência assim descrita por Ricardo Luís Lorenzetti:

“El derecho mira a la victima, y ya no le interessa castigar, sino reparar, y es preciso atender a la reparacion del daño injustamente sufrido, antes que al injustamente causado”. [...]En el aspecto obrigacional tiene um gran valor paradigmático y explicativo la doctrina que distingue entre deuda y responsabilidad, que trato de trasladar la atención desde la sujeición el deudor a la expectativa de cumplimiento del credor sobre el patrimonio del solvens. La deuda es el deber del deudor de adoptar um determinado comportamiento, y la responsabilidad es poder atribuído al credor de exigir coactivamente la prestación. Entonces, la responsabilidad es um “poder de agresión patrimonial” y fundamentalmente um crédito”¹³.

Em que pese a tendência moderna de ampliar cada vez mais a responsabilidade civil e as possibilidades de que todo dano venha a ser reparado importe num necessário afastamento do princípio da culpa, parece certo afirmar, como o faz Facchini, que mesmo no Código Civil de 2002, “a responsabilidade subjetiva continua sendo o fundamento básico de toda a responsabilidade civil: o agente só será responsabilizado, em princípio, se tiver agido com culpa”¹⁴. Deste regime não se afastou o Código Civil de 2002 no que se refere à responsabilidade civil do profissional médico¹⁵. Aliás, a necessidade de investigação da culpa como pressuposto para

¹⁰ DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. I, p. 23.

¹¹ Ibidem, p. 25

¹² Que não será abordada em razão dos limites deste trabalho.

¹³ LORENZETTI, Ricardo Luís. **La Responsabilidad Civil**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 46, p. 41, abr./jun. 2000.

¹⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no novo Código. In: SARLET, Ingo (org). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 165.

¹⁵ Assim entendido como aquele que tem habilitação universitária e exerce a medicina com habitualidade, vivendo de seu trabalho.

responsabilização do profissional médico em decorrência de eventuais atos praticados com violação a dever imposto pelo contrato, pela lei ou pelo uso social, está presente não só na legislação que rege a matéria¹⁶, mas também profundamente arraigada na doutrina pátria, como se infere da lição de Miguel Kfouri Neto: “A responsabilidade civil do profissional da medicina – tirante poucas exceções- não poderá jamais se divorciar do conceito tradicional de culpa, no intuito de se desqualificar a conduta do médico como lesiva e apta a gerar obrigação de indenizar”¹⁷.

O artigo 951 do Código Civil de 2002 regula a indenização devida por quem, no exercício de sua atividade profissional, “por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”. Observa Facchini que o novo Código, a par de não ter inovado substancialmente no que diz com a responsabilidade civil na área da saúde, traz no dispositivo acima referido “cláusula mais genérica e tecnicamente mais aperfeiçoada, comparada com a anterior”¹⁸. A expressão “aquele que, no exercício da atividade profissional” abrange todos os profissionais que atuam na área da saúde: médicos, enfermeiros, fisioterapeutas, massagistas, laboratoristas (bioquímicos), psicólogos, psicoterapeutas, ópticos, dietistas, auxiliares de radiologia, fonoaudiólogos, técnicos em calçados ortopédicos, etc.

Este dever de reparar danos previsto no artigo 951 do Código Civil de 2002 tem sido considerado pela doutrina como hipótese de responsabilidade contratual. Assim a tradicional lição de José Aguiar Dias quando afirma que a “natureza contratual da responsabilidade médica não nos parece hoje objeto de dúvida”¹⁹ e, na mesma linha, Miguel Kfouri Neto quando assevera que “apesar de o Código Civil brasileiro colocar a responsabilidade médica entre os atos ilícitos, não mais acende controvérsias caracterizar a responsabilidade médica como *ex contrahatu*”²⁰.

A natureza jurídica da relação instaurada entre médico e paciente, de acordo com Tepedino, pode ser considerada como uma locação de serviços *sui generis*, figura contratual atípica, na qual agrega-se à prestação remunerada de serviços médicos uma gama de deveres extrapatrimoniais, essenciais à avença, tais como o dever de aconselhar o enfermo²¹. O consenso necessário ao contrato poderá ser expresso ou tácito, manifestado diretamente pelo interessado ou por seus familiares, sem que ausência de instrumento escrito possa ser interpretada como inexistência de negócio jurídico entre as partes.

Por outro lado, não fica afastado o dever de reparação de parte do médico quando o dano por ele provocado decorra de atos extracontratuais, ainda naquelas situações em que o médico atenda o paciente de forma gratuita²², razão pela qual se pode afirmar que a responsabilidade médica não segue um sistema unitário. Ela pode

¹⁶ Código Civil de 2002 e Código de Defesa do Consumidor.

¹⁷ KFOURI NETO, 2003, p. 34 e 35.

¹⁸ FACCHINI NETO, 2003, p. 192.

¹⁹ DIAS, 1975, p. 281.

²⁰ KFOURI NETO, op. cit., p. 71

²¹ TEPEDINO, 2003, p. 19

²² FRADERA, p. 235.

ser contratual, derivada de um contrato estabelecido livremente entre paciente e profissional e será extracontratual quando, não existindo contrato, as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência, como acontece no encontro de um ferido em plena vida pública e na emergência de uma intervenção em favor de incapaz por idade ou doença mental. Luis Adorno elenca, ainda, as seguintes hipóteses:

6. Cuando los servicios del médico son prestados en contra de la voluntad del paciente, como en el supuesto suicida que recibe asistencia (cf. art. 19, inc. 3º, Ley Nacional 17.132). 7. Cuando la relación entre médico y paciente es impuesta coactivamente al último, a raíz de la imperatividad de una disposición legal o administrativa (por ejemplo, em el caso del reconocimiento médico para el ingreso al servicio militar obrigatório)²³.

A diferença fundamental entre a responsabilidade contratual ou extracontratual reside na carga probatória atribuída às partes. Isso porque na primeira modalidade ao lesado basta provar a existência do contrato, o inadimplemento e o dano, com o nexo de causalidade, incumbindo ao réu demonstrar que o dano ocorreu de uma causa estranha a ele. Na responsabilidade extracontratual, o autor da ação de reparação de danos deve provar, além dos elementos já referidos, a culpa do causador. Mas em se tratando de responsabilidade civil do médico esta distinção perde grande parte de sua importância, em decorrência de outra tradicional distinção feita no âmbito do direito civil: distinção entre as obrigações de meio e as obrigações de resultado.

Tem-se obrigação de meios quando o profissional aceita prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado, diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem assumir compromisso com a obtenção de resultado. Tem-se obrigação de resultado quando o devedor se compromete a alcançar um fim determinado. Esta divisão tem sido contestada²⁴, mas continua aceita majoritariamente na doutrina, como anota Tepedino: “em se tratando de atividade médica, vinculam os profissionais de saúde, de regra, as chamadas obrigações de meio, não já de resultado²⁵”. Em tais casos o profissional não se obriga a curar o paciente, mas empregar diligência, cautela e conhecimento técnico postos ao alcance da ciência médica com vistas a curá-lo.

Logo, tanto na responsabilidade extracontratual, como na responsabilidade contratual, derivada de uma obrigação de meios, deve restar provada a culpa do médico, seja porque agiu com imprudência, negligência ou imperícia e causou um ilícito absoluto, seja porque descumpriu sua obrigação de atenção e diligência, contratualmente estabelecida²⁶.

²³ ANDORNO, Luís O. La Responsabilidad Civil Médica. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 59, p. 228.

²⁴ A propósito do tema recomenda-se a leitura do artigo de Jorge Iurraspe La vigencia del distingo entre obligaciones de medio y de resultado em los servicios desde la perspectiva del consumidor. **Revista da Ajuris**, Edição Especial, Porto Alegre, mar./1998.

²⁵ TEPEDINO, 2003, p. 20.

²⁶ AGUIAR JUNIOR, 1995, p. 35.

2.2 Dever de Informação e Consentimento do Paciente

A configuração da responsabilidade civil do médico supõe a definição dos deveres que lhe são cometidos. Dentre estes deveres destaca-se o dever de informação: O médico deve esclarecer seu paciente sobre a sua doença, prescrições a seguir, riscos possíveis, cuidados com seu tratamento, aconselhando a ele e a seus familiares “sobre as precauções essenciais requeridas pelo seu estado”²⁷. Este dever de informar encontra fundamento constitucional: assenta-se no respeito à liberdade, na medida em que não se pode comprometer a autodeterminação da pessoa sem seu expresso consentimento.

Gustavo Tepedino refere-se ao dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e prognóstico:

O dever de informação diz com os riscos do tratamento, à ponderação quanto às vantagens e às desvantagens da hospitalização ou das diversas técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico salvo quando tal informação possa afetar psicologicamente o paciente²⁸.

Efetivamente, quando os prognósticos são graves é preciso conciliar o dever de informar com a necessidade de não conduzir o paciente à angústia ou ao desespero.

As informações a serem prestadas pelo médico ao paciente devem ter forma compreensível para quem pouco ou nada entende de medicina, mas suficientemente esclarecedora, pois se destinam a deixar o paciente em condições de se conduzir diante da doença e de decidir sobre o tratamento recomendado ou sobre a cirurgia proposta. Comentando o dever de informação, aduz Vera Fradera:

“Este dever de informação circunscreve-se à informação sobre os riscos mais comuns, os que muito raramente ocorrem dispensam enumeração, a não ser em se tratando de cirurgia puramente estética ou do chamado ‘risco residual’, o qual pode ser evitado, quando o paciente houver sido alertado sobre probabilidade de sua ocorrência”²⁹.

A informação mais detalhada deve ser dada, também, em caso de utilização de novos medicamentos.

O dever de informar diz com ponto de fundamental importância no exercício da atividade médica: obtenção do consentimento do paciente para a indicação terapêutica e cirúrgica. Eugênio Facchini Neto assim situa o tema:

“trata-se do dever do médico de esclarecer e informar o paciente, em modo claro e inteligível, do quadro clínico diagnosticado, apresentando-lhe as alternativas de tratamento (quer clínico, quer cirúrgico), expondo-lhe os riscos e possíveis conseqüências de cada uma das alternativas, com os correlativos benefícios e vantagens. Assim informado, o paciente poderá fazer uma escolha consciente”³⁰.

O autor português João Vaz Rodrigues acrescenta que a proteção da esfera físico-psíquica encontra-se sob a tutela do direito em geral de personalidade e, assim,

²⁷ AGUIAR JUNIOR, 1995, p. 36.

²⁸ TEPEDINO, 2003, p. 22.

²⁹ FRADERA, 2002, p. 240.

³⁰ FACCHINI NETO, 2003, p. 192.

“o consentimento informado implica mais do que a mera faculdade de o paciente escolher um médico, ou de recusar (dissentir sobre) um tratamento médico indesejado (da manifestação da liberdade como proteção de invasões na esfera de qualquer pessoa humana)”³¹. Para referido autor a obtenção do consentimento informado representará o corolário do “processo dialógico e de recíprocas informações” entre médico e paciente- a fim de que o tratamento possa ter início.

A doutrina do consentimento informado recebeu forte influência norte-americana, onde a expressão *informed consent* foi introduzida em decisão do Tribunal da Califórnia, no ano de 1957³².

Mas a primeira sentença que mencionou o direito de o paciente adulto autodeterminar-se quanto ao destino do próprio corpo, impondo responsabilização ao cirurgião que praticou uma cirurgia sem consentimento do paciente, foi exarada em abril de 1914, pelo Juiz Nathan Cardozo³³. Tratava-se de paciente mulher que deu entrada em hospital com queixa de dores e desarranjo estomacal. Após algumas semanas de tratamento, os médicos informaram que havia um tumor cuja natureza somente poderia ser diagnosticada mediante um exame invasivo. Este exame foi consentido, mas a paciente exteriorizou ao médico que se opunha a uma intervenção cirúrgica. No entanto, no dia do exame realizou-se, ao invés, uma cirurgia para extração do tumor que, na verdade, se revelara um fibroma. Em razão da cirurgia desenvolveu-se uma gangrena no braço esquerdo, tendo sido necessária a amputação de alguns dedos. Na demanda ajuizada contra o hospital, o Tribunal ponderou que não se discutia responsabilidade por mera negligência, mas sim que o caso implicava a existência de uma atuação forte e violenta dos médicos sobre a paciente.

O nominado juiz valeu-se de argumentos que se constituem antecedentes de toda a doutrina do consentimento informado: (a) que o dano em questão não advinha da negligência, mas sim da violência ou força na invasão do corpo da paciente; b) que todo ser humano adulto e mentalmente são tem direito a determinar o que se fará com seu próprio corpo; c) que o cirurgião que pratica uma operação sem o consentimento de seu paciente comete uma agressão, um atentado violento, contrário à lei, pelo que responde, devendo responder pela reparação dos prejuízos; d) que tal é a regra, salvo em casos de urgência, nos quais o paciente se encontre inconsciente e seja necessário operar, antes de obter-se o consentimento; e) que o caso em tela se embasa em força direta ou violência, não em negligência, traço que distingue da maioria dos precedentes”³⁴.

Na Alemanha, em Nuremberg (1947), onde foram julgados os crimes de guerra dos nazistas, dentre eles as experiências em serem humanos, consagrou-se a doutrina do consentimento informado. São exigidos, desde então, quatro requisitos prin-

³¹ VAZ RODRIGUES, João. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português:** (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente). Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 23-24.

³² Caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustee*. O paciente Matins Slago, não foi informado dos riscos da paralisia, que acabou por acontecer, em cirurgia a que se submeteu.

³³ KFOURI NETO, 2002, p. 281. Caso *Schoendorff v. Society of New York Hospital*.

³⁴ *Ibidem*, p. 283.

cipais para o consentimento: 1) ser voluntário; 2) dado por quem seja capaz; 3) após ter sido informado; e 4) encontrando-se esclarecido³⁵.

O Código Civil brasileiro de 2002 não trouxe a exigência do consentimento informado, mas a ausência de previsão legal não significa a dispensa de tal condição para o tratamento médico. O direito é constituído também por outras fontes (com destaque para a jurisprudência e a doutrina), sendo que a exigência de tal requisito (do consentimento informado) está solidamente radicada nos mesmos. Ademais, esta exigência consta também dos códigos dentológicos da profissão médica em todos os países civilizados e o que é mais relevante: os médicos, paulatinamente, têm evoluído de uma posição um tanto cética em relação ao dever de informar clara e minuciosamente aos doentes, sem exceção, para uma adesão irrestrita ao dever de obtenção do consentimento esclarecido de seu paciente³⁶.

De fato, na obra do médico Irany Novah Moraes, intitulada “Erro médico e a lei”, consta:

“O paciente deve conhecer o seu problema, sabendo do seu caso tudo o que é importante. O médico deve sempre explicar ao paciente, em linguagem clara, de maneira simples e para ele compreensível, o fundamental da doença e, principalmente, ter a convicção de que ele entendeu a sua evolução natural e o que se espera com o tratamento indicado. É muito importante o médico ter sempre em mente que quem no caso deve decidir o que deverá ser feito é sempre o próprio paciente ou, no caso de ser este incapaz, por ser criança ou por outros impedimentos, o responsável legal ou mesmo o parente mais próximo que o estiver acompanhando”³⁷.

O Código de Ética Médica brasileiro contém vários dispositivos acerca do consentimento informado. Dentre eles, no capítulo dos Direitos Humanos, o artigo 46 proíbe o médico efetuar qualquer procedimento sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida. O mesmo código veda ao médico desprezar o direito de o paciente decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, exceto em caso de iminente risco de vida. A omissão de informação quanto ao diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivo do tratamento - a não ser que a comunicação possa causar dano ao enfermo, caso que em que a informação deverá ser prestada ao representante legal - também é vedada (art. 59).

Não se pode olvidar que o artigo 15 do Código Civil de 2002 estabelece, de forma expressa, que ninguém pode ser compelido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Aliás, bem registra Facchini, mesmo na ausência de risco de vida “ninguém poderia ser compelido a submeter-se a qualquer tratamento, diante do princípio geral da liberdade (‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei’-art. 5º, inc. II, da CF/88)”³⁸. Nem poderia ser diferente. O consentimento informado vai mais longe: não só o paciente não é obrigado a realizar determinado tratamento, como deve com o mesmo assentir de forma expressa.

³⁵ Ibidem, p. 283.

³⁶ KFOURI NETO, 2002, p. 289.

³⁷ MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a lei**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 153.

³⁸ FACCHINI NETO, 2003, p. 192.

Podem ocorrer situações em que o paciente consente com um tipo de intervenção cirúrgica, mas a situação revela um fato novo, que não podia ser previsto e impõe outra conduta ao médico, envolvendo o risco de deixar seqüelas. Uma corrente jurisprudencial entende que o cirurgião deve interromper a intervenção, somente retomando-a logo depois obtido o consentimento do paciente. Porém, muito mais realistas parecem ser decisões que entendem poder o cirurgião tomar a decisão ele mesmo e continuar a intervenção em função desse fato novo, se ele julga que esta é, medicamente, a melhor solução. Interromper a cirurgia nessas circunstâncias é freqüentemente - senão sempre - prejudicial ao paciente. Nunca é benéfico para o organismo submeter-se a várias anestésias gerais sucessivas; a primeira intervenção, se interrompida, faz aumentar o risco de possível evolução da lesão; os fenômenos inflamatórios cicatriciais tornam-se muito mais freqüentes e delicados nesse segundo ato cirúrgico que na intervenção inicial. Claro que o médico deve, na medida do possível, prevenir os familiares; mas isso pode ser bem difícil, em muitos casos, no decorrer da cirurgia”³⁹.

A decisão médica deve ser democrática, sem, contudo, tornar o paciente plenamente autônomo, pois deve existir sempre uma influência do médico, que se espera benéfica. Na idéia proposta por Tepedino, a boa-fé deve presidir a conduta do profissional médico. Assim, pode-se falar em um modelo interativo, no qual se busca adequado intercâmbio: o médico conhece a enfermidade; o paciente suas necessidades.

Para que a autorização do paciente tenha validade deve haver correlação obrigatória entre a informação e o consentimento. De nada adianta o paciente consentir se a informação que lhe foi repassada se mostra incorreta ou incompleta. Em princípio, é o doente que deve consentir. Haverá casos em que o consentimento deve advir dos pais ou até mesmo do juiz. Para Pontes de Miranda, se o paciente não estiver em condições de decidir quanto aos rumos do tratamento, o médico coloca-se na condição de gestor útil de negócio alheio, tendo o dever de prestar assistência, salvo se restar presumida vontade contrária do paciente⁴⁰.

A recusa ao tratamento é problema delicado. No que concerne aos adultos, estes não podem ser forçados a receber assistência médica. Essa recusa deverá ser documentada, para que o médico não seja acusado de omissão ou negligência.

Situação que freqüentemente ocorre é a do paciente adepto de religiões que recusam a realização de procedimentos como a transfusão de sangue. Acerca do tema registra Tepedino:

A posição da jurisprudência, a propósito, coincide com a do Conselho Federal de Medicina: ‘Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo o seu Código de Ética, deverá observar a seguinte conduta: 1º) se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis; 2º) se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente do consentimento do paciente ou de seus responsáveis’⁴¹.

³⁹ KFOURI NETO, 2002, p. 296.

⁴⁰ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed., São Paulo: RT, 1984. v. 53, p. 437

⁴¹ TEPEDINO, 2003, p. 23.

Discorda-se deste posicionamento: Se o enfermo for capaz e inteiramente apto a manifestar seu consentimento, mesmo na hipótese de risco de vida, sua vontade haverá de prevalecer. Tal entendimento tem amparo constitucional no já mencionado princípio geral da liberdade (art. 5º, II da Lei Maior), como também na liberdade de culto, que também é constitucionalmente assegurada (art. 5º VI)⁴². A situação mostra-se distinta se a negativa advier do representante legal do paciente. Nesse caso, entende-se cabível pedido ao juiz, se houver tempo. Caso contrário, deve ser feito o tratamento médico para impedir a morte ou dano grave à pessoa⁴³.

O consentimento deve ser manifestado na forma escrita. Quando isso não for possível, recomenda-se seja testemunhado. Quanto mais complexo ou arriscado o ato, maiores os cuidados deverão ser adotados na obtenção do consentimento do paciente. Se o documento assinado pelo paciente for uma minuta padronizada, de redação deficiente, vaga e imprecisa, que permita, por exemplo, uma intervenção cirúrgica a qualquer médico do serviço, e não apenas àquele (ou àqueles envolvidos) na obtenção do consentimento, poderá não ter valor. Também se o documento contiver permissões ou recusas em bloco, informações deficientes, unilaterais, por óbvio de nada (ou muito pouco) valerá⁴⁴.

A existência de consentimento, não pode equiparar-se às causas excludentes de responsabilidade, como a ausência de nexo causal, ou caso fortuito e força maior ou culpa exclusiva da vítima⁴⁵. Nesse sentido, a precisa lição de Pontes de Miranda:

“Observe-se, ainda, que o consentimento não afasta a responsabilidade do médico por seus erros, ou descuidos, inclusive quanto ao diagnóstico, tanto mais quanto o cliente ou a pessoa atendida em caso de acidente pode somente ter consentido porque o médico lhe expôs erradamente, ou de má-fé, o que seria sua doença”⁴⁶.

Por outro lado, a simples ausência de consentimento não constitui lesão autônoma: há de ser verificado o nexo causal entre a ausência de informação/obtenção de consentimento e o dano, a fim de se estabelecer o dever de indenizar. Em outras palavras: deve-se estabelecer uma relação entre a falta de informações e o prejuízo final. Deve ficar demonstrado que a pessoa comum teria recusado o tratamento, caso fosse convenientemente informada. O deficiente adimplemento da obrigação de se obter, junto ao paciente, o consentimento esclarecido, há que resultar provado.

⁴² Há, no entanto, entendimento jurisprudencial no sentido de que se o médico efetua transfusão para afastar risco de vida não comete nenhum crime- RJDTAC-Crim-SP-Imesp 7/75.

⁴³ Kfourri Neto traz o seguinte caso para reflexão: após parto difícil, obstetra realiza transfusão de sangue para salvar a vida de testemunha de Jeová. Em razão da transfusão, a paciente foi segregada pela família e pela Igreja.

⁴⁴ VAZ RODRIGUES, João. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português:** (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente). Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 443.

⁴⁵ Alerta Kfourri Neto que em relação a hospital que solicita ao paciente subscrever termo de consentimento informado relativo à possibilidade estatística de ocorrência de infecção hospitalar, por exemplo, pouco ou nenhuma validade terá tal documento, no que pertine à responsabilidade objetiva do estabelecimento. Obra: Culpa Médica e ônus da prova, p. 314.

⁴⁶ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. São Paulo: RT, 1984. v. 53, p. 436.

Na eventualidade de o dano ter sido causado por culpa do médico, torna-se irrelevante o consentimento. Sua investigação ganha importância quando a intervenção é correta, dela decorrem danos ao paciente, danos em relação aos quais não havia sido previamente informado e, portanto, não poderia ter assentido de forma livre com os riscos respectivos⁴⁷.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul examinou hipótese na qual se reconheceu que a deficiência de informação prestada pelo médico tendo como consequência o dever de indenizar. A paciente submeteu-se à cirurgia para solucionar problema de amigdalite infecciosa. O procedimento médico foi desastroso, tendo ocorrido lesão transfixante do pilar amigdalino posterior direito, com inflamação local. A reabilitação, segundo o médico, seria de sete dias e foram necessários três meses para recuperação. A autora viu-se obrigada a realizar tratamento com fonoaudiólogo, para recuperar a voz hipernasal e a incompetência velo-faríngeana. Como a possibilidade dessas seqüelas não lhe foi informada pelo médico, que não mais a acompanhou, depois que os problemas surgiram, pleiteou compensação pelos danos morais. O relator em seu voto enfatizou:

a gravidade da lesão é dado tranqüilo – foi apontada por todos os médicos consultados e ouvidos nos autos, e desimporta que os sintomas fossem ou não permanentes, já estando a autora, a esta época, totalmente recuperada, não existindo mais do que uma cicatriz de meio centímetro no interior da boca. O período de recuperação foi longo e penoso, três meses, conforme informa o próprio apelante. A dor moral suportada pela recorrida, indiscutível, decorreu da ausência de informações adequadas e da gravidade das consequências pós-cirúrgicas. Aqui habita a culpa do réu, porquanto incluído no dever de atuar com cautela e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos pacientes, está o de informar adequadamente sobre todas as consequências que podem advir de uma intervenção cirúrgica [...] ⁴⁸.

Recentemente, também o E. STJ no exame do Recurso Especial nº 467878 exarou acórdão assim ementado:

“Responsabilidade civil. Hospital. Santa Casa. Consentimento informado. A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito da cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente. Recurso não conhecido”⁴⁹.

Tratava-se da realização de neurocirurgia para extração de adenoma hipofisário. Realizada a cirurgia houve perda total de visão. Ajuizada a ação o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, confirmando decisão do primeiro grau, entendeu que apesar de não ter havido erro cirúrgico, o médico e o hospital não haviam refutado a informação de que a paciente não havia sido informada dos riscos. Houve condenação do médico e da instituição a pagar, solidariamente, 300 salários mínimos a título de

⁴⁷ KFOURI NETO, 2002, p. 302

⁴⁸ TJRG, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70003105178, Rel. Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, j. em 07.11.2001.

⁴⁹ STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior, REsp 467878-RJ, j. em 27.12.2002, DJU de 10.02.2003, p. 222.

dano moral e pensões mensais no valor de um salário-mínimo enquanto a paciente viver. No STJ, a par de não conhecido o Recurso Especial dos réus, restou consignado que a obrigação de obter consentimento decorre, não apenas das regras de consumo, mas das exigências éticas que regulam a atividade médico-hospitalar, o que não aconteceu.

2.3 A culpa médica e o ônus da prova

A responsabilidade civil que decorre da ação humana tem como pressupostos (a) a existência de conduta voluntária; (b) o dano injusto sofrido pela vítima, que pode ser patrimonial ou extrapatrimonial; (c) a relação de causalidade entre o dano e a ação do agente; (d) os fatores de atribuição de responsabilidade pelo dano ao agente que podem ser de natureza subjetiva (culpa ou dolo) ou objetiva (risco, equidade, etc.). Em decorrência e rememorando-se que a responsabilidade civil do médico pressupõe a investigação da culpa, para que reste caracterizada tal responsabilidade é necessário que exista ato praticado por aquele que tem habilitação legal para o exercício da medicina, que dito ato seja praticado com violação a um dever médico imposto pela lei, pelo uso social, ou pelo contrato, a título de culpa, e que dê causa a um dano injusto patrimonial ou extrapatrimonial⁵⁰.

A apuração da culpa médica obedece aos mesmos padrões adotados para a definição da culpa comum: diante das circunstâncias do caso, o juiz deve estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao paciente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento do médico. Para Kfouri Neto há que ser rigorosa a aferição da culpa na atividade médica, o que deve ser feito sempre no caso concreto, tendo-se presente que o Magistrado, como leigo, “há que se apoiar nos dados comuns de experiência, sem se esquecer, porém, do conselho dos entendidos”⁵¹. De outra parte, diz o mesmo autor, apoiado na doutrina francesa, agindo o médico com culpa, em qualquer de suas modalidades, seja qual for a natureza, e independentemente da gravidade, desde que provada, ver-se-á compelido a reparar o dano.

De acordo com os artigos 186 e 951 do Código Civil, sobrevivendo dano – morte, incapacidade ou ferimento- deve haver prova que o médico agiu com culpa *scritto sensu* - negligência, imprudência e imperícia - para poder ser ressarcida. Em matéria de prova da incúria médica adentra-se no universo da ciência da medicina, e a investigação a tal respeito nunca foi tarefa fácil, tanto faz que se busque a responsabilidade contratual ou extracontratual.

Provar é demonstrar, de algum modo, a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação. Quando se prova, a simples afirmação ou alegação deixa de pertencer ao universo da incerteza, da probabilidade de ser verdadeira, da suspeita de que o seja, para atingir um *status* mais elevado e seguro, o da certeza, da verdade comprovada e da suspeita desfeita.

⁵⁰ AGUIAR JUNIOR, 1995, p. 34.

⁵¹ KFOURI NETO, 2003, p. 81.

Se a prova da culpa é indispensável à responsabilização civil do médico, torna-se fundamental saber a quem incumbe o ônus da prova. O ônus da prova caracteriza-se pela idéia de risco que ele contém. Em outras palavras: à parte onerada não se impõe provar como atitude indispensável para evitar uma conseqüência desfavorável no processo. O que ocorre é que ela assume o risco de que a prova não venha para o processo, e, diante dessa ausência probatória, o Juiz vai se pronunciar na conformidade com as regras determinantes do ônus da prova: vale dizer, proferindo julgamento contra aquele que, necessitando, provar não o fez. Quem tinha o ônus da prova somente sofrerá as circunstâncias negativas de sua conduta processual omissiva se a prova que lhe incumbia não vier aos autos. Se a prova for produzida no processo, mesmo que pela mão da outra parte, não há que se falar em inércia de quem detinha o ônus.

No Brasil prevalece a orientação no sentido de que ônus desta prova é do paciente ou lesado, na esteira do que de forma expressa dispõe ao artigo 333, inciso I do CPC. Anota Ruy Rosado de Aguiar Junior que

a apuração da culpa deve obedecer os mesmos procedimentos adotados para a definição da culpa comum: diante das circunstâncias do caso, o juiz deve estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com comportamento efetivamente adotado pelo médico. Essa culpa tem de ser certa, mesmo que não seja grave.

Mais adiante reconhece o mesmo autor, “são consideráveis as dificuldades para a produção da prova da culpa”. Em primeiro lugar porque os fatos se desenrolam normalmente em ambientes reservados, seja no consultório ou na sala de cirurgia; o paciente, além das dificuldades em que está pelas condições próprias da doença, é um leigo que pouco ou nada entende dos procedimentos a que é submetido, sem conhecimentos para avaliar causa e efeito, sequer compreendendo os significados dos termos técnicos; a perícia é imprescindível, na maioria das vezes, e sempre efetuada por quem é colega do imputado causador do dano, o que dificulta e na maioria das vezes impede a isenção e a imparcialidade”⁵².

Presentes as dificuldades que decorrem do corporativismo médico quando da realização de perícia em juízo, diz Kfoury Neto que

o julgador deve ampliar seus limites ao examinar o conjunto probatório. Os laudos periciais, muitas vezes eivados de um censurável espírito de corpo, não que ser analisados com objetividade, devendo o juiz, muito mais que em qualquer outra situação posta sob julgamento- avaliar os fatos de modo singelo, através da ótica da causalidade, mas sem se deixar envolver pelo excessivo tecnicismo da prova.⁵³

Na realidade, estas recomendações feitas por Kfoury Neto nem sempre são atendidas. E, desta forma, tem-se que a prova da culpa médica pelo paciente pode configurar-se “uma prova diabólica”. Por isso mesmo, a doutrina tem controvertido acerca do ônus desta prova. Bem assinala Facchini: “O ônus da prova, aliás, é o

⁵² AGUIAR JUNIOR, 1995, p. 38.

⁵³ KFOURY NETO, 2003, p. 89.

grande problema da responsabilidade civil do médico. Em poucas relações profissionais encontra-se em situação de maior vulnerabilidade”⁵⁴.

A partir desta constatação e com supedâneo no Código de Defesa do Consumidor, vários doutrinadores têm sustentado a possibilidade de inversão do ônus da prova nas ações que objetivam a reparação em função do dano médico.

Nesse sentido, a lição de Gustavo Tepedino:

Nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, pode o juiz inverter o ônus da prova em benefício do consumidor, desde que considere verossímil a alegação ou tenha o consumidor como hipossuficiente. Assim, é que tanto na responsabilidade subjetiva do médico (art. 14, par. 4º do CDC), quanto na responsabilidade objetiva das clínicas ou hospitais públicos e privados, caberá ao réu, uma vez invertido pelo juiz o ônus *probandi*, demonstrar a inexistência do fato culposos (na hipótese de responsabilidade subjetiva), ou, nos demais casos, a incorrência de defeito do produto (artigo 12, par. 3º, II), ou do serviço (artigo 14, par. 3º, I), do dano ou do nexo de causalidade entre um e outro. A solução é inovadora, representando uma alteração profunda do sistema estatuído pela regra geral do artigo 333, inciso I do CPC⁵⁵.

Sem dúvida a inversão do ônus da prova pode ser vista como um dos mecanismos de facilitação de defesa do consumidor. É que certamente não haveria sentido algum se o Código firmasse, como firmou nos arts. 4º e 6º, os princípios que regem as relações consumeristas sob o aspecto normativo, trazendo grandes e auspiciosas inovações no campo do direito material, como os princípios da transparência máxima, da vulnerabilidade do consumidor, da efetiva proteção de seus interesses, da boa-fé objetiva, com os consectários direitos à proteção, educação, informação, modificação de cláusulas abusivas ou enganosas, se não fixasse, por igual, princípios que viabilizassem a efetivação processual daqueles outros⁵⁶.

O intuito do dispositivo legal que prevê a inversão do ônus da prova, anota Lavyne Lima Oliveira, é contribuir para que, nas relações de consumo e, principalmente, nos processos judiciais relativos a elas, a igualdade das partes seja real e não apenas formal, a fim de que prevaleça o direito por seus méritos jurídicos e não porque a estrutura do sistema permite ou incita o desequilíbrio em prol de um ou de outro”⁵⁷.

No preciso ensinamento de Voltaire de Lima Moraes:

a inversão do ônus da prova constitui-se em uma modalidade de facilitação da defesa dos direitos básicos do consumidor, devendo somente ser admitida, como ato do juiz, quando forem satisfeitos um de seus dois pressupostos de admissibilidade: a) for verossímil a alegação; ou b) for o consumidor hipossuficiente⁵⁸.

⁵⁴ FACCHINI, 2003, p.193.

⁵⁵ TEPEDINO, 2003, p. 40

⁵⁶ GAULIA, Cristina Tereza. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 40, p. 77, out./dez. 2001.

⁵⁷ OLIVEIRA, Lavyne Lima. Responsabilidade Civil do Profissional Liberal perante o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 40, p. 205

⁵⁸ MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o Ônus da Prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, a. 25, n. 55, p. 44, nov./1998.

Uma alegação torna-se verossímil quando adquire foros de veracidade, quer porque se torna aceitável diante da modalidade de relação de consumo posta em juízo, quer porque, de antemão, em sede de cognição sumária, não enseja o convencimento de que possa ser tida como descabida. Por outro lado, a hipossuficiência não deve ser analisada apenas sob o aspecto econômico e financeiro. Deve ser considerada, igualmente, no campo técnico-cultural. Em matéria de ciência médica poucos escapam a essa hipossuficiência.

Especificamente no que se refere à inversão do ônus da prova na apuração responsabilidade do profissional liberal, incluindo o médico, explicita com rara clareza o professor Voltaire de Lima Moraes:

Em razão de o Código de Defesa do Consumidor ter estabelecido que ‘a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa’ (art. 14, par. 4º do CDC) costuma-se apregoar, com a devida *venia*, equivocadamente, que por ter nesse ponto tal diploma consagrado a teoria da responsabilidade subjetiva, seria incabível a decretação da inversão do ônus da prova. A questão referente à responsabilidade civil objetiva ou subjetiva diz respeito a tema disciplinado em sede de direito substancial, enquanto que a inversão do ônus da prova diz com tema afeto ao direito processual. Não há, assim, qualquer incompatibilidade que, em sendo a responsabilidade subjetiva, seja determinada a inversão do ônus da prova. A consequência disso será que, ao invés de o consumidor provar que a culpa pela ocorrência de um evento que lhe causou prejuízo foi do fornecedor (profissional liberal), tal ônus passa a ser deste que, *in casu*, deverá demonstrar que se houve com perícia, prudência ou zelo, não tendo desta forma, incidido em nenhum das modalidades da culpa⁵⁹.

De acordo com o mesmo autor, a inversão do ônus da prova não é automática e depende do juiz, à vista das circunstâncias no caso concreto. O momento adequado para que o juiz determine tal inversão não é o da sentença, sob pena de evidente cerceamento de defesa. Tal inversão deve ser determinada por ocasião da fase instrutória, a fim de oportunizar que a parte a quem foi atribuído o ônus possa se desincumbir do mesmo.

No mesmo sentido do autor gaúcho tem-se o entendimento de Marco Aurélio Bortowski:

A circunstância de ter o legislador adotado a responsabilidade subjetiva no concernente ao fornecimento de serviços pelo profissional liberal não impede, a nosso juízo, a inversão dos ônus da prova. A uma, porque presentes os pressupostos do inciso VIII, do art. 6º, a inversão da carga probatória apenas obriga o profissional liberal a demonstrar que não laborou com culpa, em quaisquer modalidades. Ora, esse procedimento não retira o caráter subjetivo da responsabilidade; apenas transfere o encargo ao próprio demandado. A ele caberá a demonstração de que não houve culpa⁶⁰.

⁵⁹ MORAES, 1998, p. 51.

⁶⁰ BORTOWSKI, Marco Aurélio A Carga Probatória segundo a doutrina e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 7, p. 112, jul/set, 1993.

A questão, contudo, não é pacífica. Em sentido contrário tem-se a lição de Tupinambá Nascimento para quem é inviável a inversão do ônus da prova quando se trata de profissional liberal, posto que inverteria a regra da responsabilidade subjetiva a que este está submetido⁶¹. Também Miguel Kfoury Neto não concorda com a inversão da carga probatória, contrapondo os ensinamentos de Voltaire de Lima Moraes:

As conclusões acima expostas –com o respeito devido aos ilustres autores passam ao largo de nossa adesão: [...] O fato de a responsabilidade objetiva ou subjetiva constituírem-se conceitos de direito material, ao passo que a inversão da prova refere-se a direito processual, nada acrescenta ao debate. Impõe-se analisar a natureza e o conteúdo dessas formas de responsabilidade e quais as consequências identificáveis no processo. [...] O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 12, par. 4º, excluiu os profissionais liberais do âmbito da responsabilidade objetiva, sistema adotado pela lei protetiva. Admitida a inversão do encargo probatório, no caso do profissional liberal –e, mais especificamente, do médico- estar-se-ão aplicando a uma situação regida pela necessidade de aferição da culpa os primados da responsabilidade objetiva, em que o prestador do serviço somente se exime de responsabilidade se provar caso fortuito, culpa exclusiva da vítima ou causa outra, para o qual ele não tenha contribuído de nenhum modo, que suprima definitivamente o nexo causal⁶².

A jurisprudência no âmbito do E. Tribunal de Justiça de nosso Estado está dividida, prevalecendo o entendimento de que descabe a inversão do ônus da prova em matéria de responsabilidade civil do médico. No entanto, esta inversão, que parece ser adequada, desde que atendidos os pressupostos legais, já encontrou guarida no E. STJ, como se infere do julgado proferido no Recurso Especial nºs 171988-RS, no qual ficou assentado que, no caso concreto, examinadas as circunstâncias, pode o juiz determinar a inversão do ônus da prova, se atendidos os pressupostos legais⁶³.

CONCLUSÃO

O tema da responsabilidade civil do médico, presente a tutela constitucional da integridade psicofísica da pessoa humana e as consequências danosas que podem advir da incúria do profissional médico, demanda especial atenção dos operadores do direito. A relação jurídica que se instala entre o paciente e o médico, enquanto decorrente de contrato, assemelha-se a uma locação de serviços *sui generis*, na qual agrega-se à prestação remunerada de serviços médicos uma gama de deveres extrapatrimoniais, essenciais à avença. Ganha relevo, neste contexto, o direito de o

⁶¹ NASCIMENTO, Tupinambá. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro, AIDE, 1991.

⁶² KFOURI NETO, 2002, p. 149 e 151.

⁶³ STJ, 3ª Turma, Relator o Min. Waldemar Zveiter, decisão proferida em 24.05.99 e publicada no D.J.U de 28.06.1999, p. 104.

paciente receber a informação adequada acerca do tratamento médico a que será submetido e com ele consentir. Na apuração da responsabilidade civil do médico, que no direito brasileiro não prescinde da investigação da culpa (negligência, imprudência e imperícia), há que se admitir a inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor, desde que presentes os pressupostos legais, considerando a dificuldade que, em regra, apresenta o mundo da ciência médica para o autor da demanda indenizatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. Responsabilidade Civil do Médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 718, ago./1995.

ANDORNO, Luís O . La Responsabilidad Civil Médica. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, a. 26, n. 59, maio/1999.

BORTOWSKI, Marco Aurélio A Carga Probatória segundo a doutrina e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 7, jul./set.1993.

DIAS, José Aguiar de. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. I.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no novo Código. In: SARLET, Ingo (org). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FRADERA, Vera. Responsabilidade Civil dos Médicos. **Revista da AJURIS**, Edição Temática sobre Responsabilidade Civil, 1998.

GAULIA, Cristina Tereza. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 40, out./dez. 2001.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luís. La Responsabilidad Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 46, abr./jun. 2000.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a lei**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o Ônus da Prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, a. 25, n. 55, nov./1998.

NASCIMENTO, Tupinambá. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: AIDE, 1991.

OLIVEIRA, Lavine Lima. Responsabilidade Civil do Profissional Liberal perante o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 40, out./dez. 2001.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 53.

TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. Editorial. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, v. 2, 2000.

_____. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, a. 51, n. 311, p. 25.

VAZ RODRIGUES, João. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**: (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente). Coimbra: Coimbra Ed., 2001.